

SANTEX

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

27. februar 2003 *

I sag C-327/00,

angående en anmodning, som Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Santex SpA

mod

Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia,

procesdeltagere:

Sca Mölnlycke SpA,

Artsana SpA,

Fater SpA,

* Processprog: italiensk.

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 22 i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), og af artikel 6, stk. 2, EU,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-P. Puissechet, og dommerne R. Schintgen, V. Skouris (refererende dommer), F. Macken og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: S. Alber

justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- den italienske regering ved U. Leanza, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato M. Fiorilli

- den franske regering ved A. Bréville-Viéville og G. de Bergues, som befuldmægtigede

- den østrigske regering ved H. Dossi, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin og R. Amorosi, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 6. december 2001 er afgivet mundtlige indlæg af den italienske regering, af den franske regering og af Kommissionen,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 7. februar 2002,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 23. juni 2000, indgået til Domstolen den 4. september 2000, har Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia i medfør af artikel 234 EF forelagt to præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 22 i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), og af artikel 6, stk. 2, EU.

- 2 Disse spørgsmål er blevet rejst inden for rammerne af en sag mellem selskabet Santex SpA (herefter »Santex«) og Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia (herefter »USL«) vedrørende et udbud af en indkøbskontrakt.

Relevante retsfor skrifter

Fællesskabsbestemmelserne

- 3 Artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 89/665«), bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF [...] de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.«

4 Artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

a) [...]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt.«

5 Direktiv 93/36 ophævede Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1). De henvisninger, der findes i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, til bl.a. det således ophævede direktiv gælder som henvisninger til direktiv 93/36, jf. dette direktivs artikel 33, stk. 2.

6 Artikel 22 i direktiv 93/36 bestemmer:

»1. Bevis for leverandørens finansielle og økonomiske formåen kan normalt føres ved en eller flere af følgende oplysninger:

[...]

c) en erklæring om den samlede omsætning og omsætningen i forbindelse med leveringen af sådanne varer, som aftalen vedrører, i de sidste tre regnskabsår.

2. De ordregivende myndigheder skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilken eller hvilke af de i stk. 1 nævnte former for dokumentation de har valgt, samt hvilke andre former for bevis ud over de i stk. 1 anførte de forlanger forelagt.

3. Såfremt leverandøren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed forlangte dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.«

De nationale bestemmelser

- 7 Artikel 22 i direktiv 93/36 er blevet gennemført i italiensk ret ved artikel 13 i lovdekret nr. 358 af 24. juli 1992, som har overskriften »Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE« (bekendtgørelse af lovbestemmelserne om offentlige indkøbskontrakter, som gennemfører direktiv 77/62/EØF, 80/767/EØF og 88/295/EØF, GURI nr. 188 af 11.8.1992, supplemento ordinario nr. 104, s. 5, herefter »lovdekret nr. 358/1992«). Denne bestemmelse har følgende ordlyd:

»1. Bevis for de bydende virksomheders finansielle og økonomiske formåen kan føres ved en eller flere af følgende dokumenter:

[...]

- c) en erklæring om den samlede omsætning og omsætningen i forbindelse med leveringen af sådanne varer, som aftalen vedrører, i de sidste tre regnskabsår.

2. De ordregivende myndigheder skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud angive, hvilke af de i stk. 1 nævnte dokumenter, der skal fremlægges, samt de eventuelle andre former for dokumentation, de forlanger forelagt [...]

3. Såfremt leverandøren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den forlangte dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.«

- 8 Artikel 36, stk. 1, i kongeligt dekret nr. 1054 af 26. juni 1924, som stadfæster »Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato« (bekendtgørelse af lovene om Consiglio di Stato, GURI nr. 158 af 7.7.1924, herefter »kongeligt dekret nr. 1054/1924«), hvis anvendelsesområde ved artikel 19 i lov nr. 1034 af 6. december 1971 om »Istituzione dei tribunali amministrative regionali« (»Oprettelse af de regionale forvaltningsdomstole«, GURI nr. 314 af 13.12.1971, s. 7891) er blevet udvidet til at omfatte forvaltningsdomstolene, bestemmer:

»Bortset fra de tilfælde, hvor der er fastsat frister i særlove vedrørende klageadgang, er fristen for indgivelse af en klage til Consiglio di Stato som domsmyndighed 60 dage regnet fra den dag, hvor der er blevet givet meddelelse om forvaltningens afgørelse i de former og under de betingelser, som er fastsat i administrative forskrifter, eller fra den dag, hvor den berørte må anses for at have fået fuldt kendskab til afgørelsen [...]«

- 9 Artikel 5 i legge n. 2248 sul contenzioso amministrativo (lov nr. 2248 om forvaltningstvister, herefter »lov nr. 2248/1865«) af 20. marts 1865 bestemmer:

»Domstolene anvender almindelige og stedlige forvaltningsakter og forskrifter, for så vidt som de er i overensstemmelse med loven.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 10 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at USL den 23. oktober 1996 offentliggjorde en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende direkte levering til hjemmet af absorberende inkontinensprodukter til et anslået årligt beløb på 1 067 372 000 ITL.
- 11 Denne bekendtgørelse indeholdt en klausul, hvorefter kun de virksomheder, som havde opnået »[en] samlet omsætning i de sidste tre regnskabsår ved en ydelse som den, udbuddet vedrører, på mindst tre gange værdien af den påtænkte kontrakt« (herefter »den anfægtede klausul«), ville blive givet adgang til at afgive bud.
- 12 Ved skrivelse af 25. november 1996 meddelte Santex den ordregivende myndighed, at selskabet anså denne klausul for at udgøre en ulovlig konkurrencebegrænsning. Det anførte, at i betragtning af, at ydelser af den pågældende art var blevet udført af de lokale sundhedstjenester gennem meget kort tid, ville en anvendelse af den omhandlede klausul give den virksomhed, som havde fået kontrakten tildelt under den forudgående udbudsprocedure, en urimelig fordel, og udelukke en række ansøgere, herunder Santex, selv om selskabet i det forudgående år havde haft en omsætning, som svarede til to gange den anslåede årlige værdi af kontrakten.
- 13 På baggrund af disse bemærkninger udsatte USL gennemgangen af buddene. USL anmodede de bydende om at indsende supplerende dokumenter, idet myndigheden anførte, at den anfægtede klausul kunne fortolkes som en henvisning til virksomhedernes samlede omsætning. Den omsætning, der var opnået ved levering af sådanne varer, som den omhandlede kontrakt vedrørte, ville blive taget i betragtning, ikke som en betingelse for deltagelse i tilbudsgivningen, men som et af de kriterier, hvorefter kvaliteten af buddene ville blive vurderet.

- 14 Selskabet Sca Mölnlycke SpA (herefter »Mölnlycke«), som havde fået tildelt kontrakten vedrørende levering af de samme varer i den forudgående periode, gjorde indsigelse mod denne fortolkning. Selskabet fremsendte en skrivelse til USL, hvori det stillede krav om, at den anfægtede klausul blev nøje overholdt.
- 15 Ved skrivelse af 24. januar 1997 anmodede USL, der herved stiltiende imødekom Mölnlyckes indsigelse, på ny de bydende om at indsende oplysning om den omsætning, de havde opnået ved levering af sådanne varer, som den omhandlede kontrakt vedrørte, samt en liste over de plejehospitaler, hvortil disse varer var blevet leveret.
- 16 Den 20. februar 1997 traf USL en beslutning, der udelukkede de selskaber fra udbudsproceduren, som ikke opfyldte den økonomiske betingelse, der var fastsat i den anfægtede klausul, herunder Santex (herefter »beslutningen om udelukkelse«). Kontrakten blev tildelt Mölnlycke ved beslutning af 8. april 1997 (herefter »beslutningen om tildeling«).
- 17 Santex, som er af den opfattelse, at selskabet ville have fået kontrakten tildelt, hvis det var blevet givet adgang til at deltage i tilbudsgivningen, har anlagt sag ved Tribunal amministrativo regionale per la Lombardia med påstand om annullation af navnlig beslutningen om udelukkelse, beslutningen om tildeling og af udbudsbekendtgørelsen som følge af, at loven er tilsidesat, og at der er udøvet magtmisbrug. Det har desuden, som en foreløbig forholdsregel, fremsat begæring om, at gennemførelsen af de således anfægtede retsakter udsættes.
- 18 USL og Mölnlycke, som er interveneret i hovedsagen, har rejst en indsigelse om, at påstanden om annullation af udbudsbekendtgørelsen er nedlagt for sent. De har gjort gældende, at det alene er denne bekendtgørelse, som har kunnet påføre Santex et direkte tab ved at forhindre selskabet i at deltage i udbuddet.

- 19 Ved kendelse af 29. maj 1997 om foreløbige forholdsregler har Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia taget begæringen om udsættelse af gennemførelsen af de anfægtede retsakter til følge. Retten har fundet, at selv om det antages, at påstanden om annullation af udbudsbekendtgørelsen er nedlagt for sent, skal anvendelsen af den anfægtede klausul ikke desto mindre udelukkes som følge af, at de fællesskabsretlige konkurrenceprincipper er blevet tilsidesat.
- 20 Ved kendelse af 29. august 1997 ophævede Consiglio di Stato (Italien) denne kendelse fra den forelæggende ret.
- 21 Idet sagen om foreløbige forholdsregler var afsluttet, indgik USL kontrakten med Mölnlycke.
- 22 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, hvortil Consiglio di Stato har hjemvist sagen med henblik på, at denne ret skal træffe afgørelse om realiteten, har i forelæggelseskendelsen anført, at den er af den opfattelse, at den anfægtede klausul begrænser adgangen til at deltage i en udbudsprocedure i strid med artikel 22 i direktiv 93/36, der gentages ordret i artikel 13 i lovdekret nr. 358/1992.
- 23 Den forelæggende ret finder navnlig, at klausulen er i strid med proportionalitetsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, for så vidt som den går ud over det, som er nødvendigt for at efterprøve de bydendes økonomiske og finansielle soliditet. Den giver således de virksomheder, som har en dominerende stilling på markedet, en urimelig fordel til skade for de virksomheder, som er i stand til at godtgøre deres soliditet på andre måder.

- 24 Den forelæggende ret har imidlertid anført, at den først skal træffe afgørelse vedrørende den formalitetsindsigelse, der er rejst af USL og Mölnlycke. I den forbindelse har den anført, at hvis det anerkendes, at den anfægtede klausul har forhindret Santex i at deltage i proceduren fra tidspunktet for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen, må det følge heraf, at denne klausul skulle have været anfægtet inden for en frist på 60 dage regnet fra den dag, hvor Santex fik kendskab til den, jf. artikel 36 i kongeligt dekret nr. 1054/1924.
- 25 Den forelæggende ret har redegjort for, at Consiglio di Stato på grundlag af artikel 5 i lov nr. 2248/1865 generelt har fastslået, at en forvaltningsdomstol ligesom de almindelige domstole kan undlade at anvende en bestemmelse i en administrativ forskrift, som er i strid med en trindhøjere retsregel, og som berører en individuel rettighed.
- 26 Det fremgår imidlertid af Consiglio di Statos faste praksis på området for offentlige kontrakter, at de retsakter, der umiddelbart krænker retten til at deltage i et udbud, skal anfægtes inden for en almindelig frist på 60 dage, idet der ellers sker præklusion, og at det ved overskridelse af denne frist ikke længere er muligt at undlade at anvende udbudsbekendtgørelserne eller de deri indeholdte klausuler.
- 27 Den forelæggende ret har anført, at det princip, som er fastsat i artikel 5 i lov nr. 2248/1865, ligeledes må gælde for klausuler, som er indeholdt i en udbudsbekendtgørelse, og som er i strid med fællesskabsretten. Retten mener, at den med henblik på at sikre en effektiv domstolsbeskyttelse af de rettigheder, fællesskabsretten tillægger borgerne, bør have adgang til at undlade at anvende den anfægtede klausul, uden hensyntagen til, om de nationale procesregler overholdes.

- 28 Ifølge den forelæggende ret synes omstændighederne i hovedsagen at begrunde, at den anfægtede klausul ikke anvendes, i overensstemmelse med de i foregående præmis gængsne synspunkter. Retten har for det første anført, at USL har forledt Santex til at tro, at den anfægtede klausul ville blive fortolket restriktivt eller omformuleret under udbudsprocedurens forløb. USL skabte derved en tilstand af uvished, der hindrede et sagsanlæg inden for fristen, hvormed det blev gjort uforholdsmæssigt vanskeligt eller ligefrem umuligt at anvende fællesskabsretten i forbindelse med fremgangsmåden for tildeling af den i hovedsagen omhandlede indkøbskontrakt.
- 29 Den forelæggende ret har for det andet gjort gældende, at konstateringen af, at de anfægtede retsakter er ulovlige, tjener det offentliges interesse, som er at åbne de offentlige udbud for en deltagelse, der er så bred som muligt.
- 30 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia har desuden fundet det hensigtsmæssigt at undersøge denne problemstilling i lyset af den domstolsbeskyttelse af de grundlæggende rettigheder, som gives i artikel 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.
- 31 På baggrund af det ovenfor anførte har Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal artikel 22 i direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 fortolkes således, at de kompetente nationale retsinstanser har pligt til at beskytte Unionens borgere, hvis rettigheder er blevet krænket ved retsakter, der er vedtaget i strid med fællesskabsretten, ved at benytte sig af muligheden for i medfør af artikel 5 i den italienske lov af 20. marts 1865 også at undlade at anvende de klausuler i

en udbudsbekendtgørelse, som strider mod fællesskabsretten, men som ikke er blevet anfægtet inden for de korte præklusiv klagefrister i de nationale processuelle regler, således at fællesskabsretten anvendes *ex officio* hver gang det er godtgjort dels, at anvendelsen af fællesskabsretten er gjort uforholdsmæssig vanskelig eller i hvert fald besværliggjort, dels at der findes en offentlig interesse af fællesskabsretlig eller national karakter, som begrundet en sådan anvendelse?

- 2) Kan det samme udledes af artikel 6, stk. 2, EU, der — ved at foreskrive, at de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, skal respekteres — har overtaget princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse som fastslået i den nævnte konventions artikel 6 og 13?«

Det første spørgsmål

Indlæg til Domstolen

- 32 Den italienske regering har gjort gældende, at retssikkerhedsprincippet begrundet, at en udbudsbekendtgørelse ikke kan anfægtes, når der er forløbet mere end 60 dage efter dennes offentliggørelse. Ellers ville konkurrenternes berettigede forventninger til, at udbudsproceduren forløber forskriftsmæssigt, blive krænket.
- 33 Idet den italienske regering i øvrigt har henvist til Domstolens praksis, hvorefter det i mangel af fællesskabsretlige bestemmelser på området tilkommer hver enkelt

medlemsstat at fastsætte de processuelle betingelser for den klageadgang, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, som er tillagt borgerne ved de fællesskabsretlige bestemmelser, som har direkte virkning, har denne regering gjort gældende, at de i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelser opfylder de i denne praksis fastsatte betingelser. Den har navnlig anført, at der ikke sker nogen forskelsbehandling i den italienske retsorden, eftersom enhver tilsidesættelse af gældende ret, hvad enten det drejer sig om national ret eller fællesskabsretten, som forårsages af en forvaltningsakt, kan medføre dennes annullation, og at en effektiv anvendelse af fællesskabsretten ikke hindres.

- 34 Den italienske regering har ligeledes gjort gældende, at hvis det anerkendes, at den nationale ret kan undlade at anvende nationale processuelle regler, når den ulovlige retsakt anfægtes på grundlag af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, vil det medføre en ubegrundet forskel i beskyttelsen af borgernes rettigheder, der afhænger af, om disse rettigheder følger af fællesskabsretten eller af national ret.
- 35 Den franske regering har gjort gældende, at de nationale retter ikke er forpligtet til af egen drift at undersøge en national retsakts forenelighed med en fællesskabsretlig bestemmelse, når denne retsakt ikke er blevet anfægtet inden for den frist, som er fastsat i de nationale procesregler.
- 36 De præklusionsregler, som omhandles i hovedsagen, er bestemmelser, der er begrundet i hensynet til den offentlige orden, som hverken parterne eller den nationale ret kan se bort fra. Navnlig tilsigter præklusionsfristen på 60 dage at føre retssikkerhedsprincippet ud i livet ved at regulere og tidsbegrænse adgangen til at anfægte klausuler i et udbud. Denne frist kan ikke anses for i praksis at gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, fællesskabsretten tillægger borgerne.

- 37 Ifølge den franske regering er det kun i de tilfælde, hvor den ordregivende myndighed ved sin adfærd har medvirket til, at præklusionsfristen ikke er blevet overholdt, at det kan anerkendes, at den berørte, ud over muligheden for at opnå erstatning for det lidte tab, kan anlægge sag efter udløbet af denne frist. Regeringen er dog af den opfattelse, at Santex i det i hovedsagen foreliggende tilfælde ikke kunne være uvidende om, at det var nødvendigt for alle tilfældes skyld at sikre sig ved inden for fristen at anlægge sag med påstand om annullation af den omhandlede udbudsbekendtgørelse, samtidig med at selskabet fortsatte drøftelserne med den ordregivende myndighed.
- 38 Den østrigske regering finder, at den forelæggende ret med sit første spørgsmål ønsker oplyst, om fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er til hinder for anvendelsen af de præklusionsregler, som følger af national ret. Regeringen udleder heraf, at det er bestemmelserne i direktiv 89/665, som er relevante.
- 39 I betragtning af, at dette direktiv ikke indeholder nogen bestemmelser, der betinger indgivelsen af en klage i forbindelse med en fremgangsmåde for indgåelse af offentlige kontrakter af, at præklusionsfrister er overholdt, kan medlemsstaterne fastsætte bestemmelser herom, på betingelse af, at direktivets formål ikke omgås, og at effektivitetsprincippet samt ligebehandlingsprincippet, der begge følger af EF-traktaten, overholdes.
- 40 Den østrigske regering har tilføjet, at virkningen af de nationale bestemmelser, der er omhandlet i hovedsagen, ikke blot er, at udbudsproceduren afvikles hurtigere, men også, at risikoen for ubegrundede klager mindskes, mens beskyttelsen af alle bydendes rettigheder varetages bedre. Disse bestemmelser krænker på ingen måde effektivitetsprincippet og lighedsprincippet. Direktiv 89/665 er derfor ikke til hinder for, at de anvendes.

- 41 Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at da tvisten i hovedsagen vedrører en offentlig kontrakt, skal det første spørgsmål undersøges på grundlag af direktiv 89/665.
- 42 I denne forbindelse har Kommissionen anført, at medlemsstaterne i henhold til dette direktiv skal sikre, at der effektivt og hurtigt kan indgives klage over den ordregivende myndigheds beslutninger, hvorved ulovlige beslutninger, uafhængigt af, om en forudgående beslutning er eller ikke er blevet anfægtet inden for de fastsatte frister, kan annulleres. Såvel en beslutning om udelukkelse fra et udbud som en beslutning om tildeling af en kontrakt er beslutninger truffet af den ordregivende myndighed i dette direktivs forstand.

Domstolens bemærkninger

- 43 Indledningsvis bemærkes, at den forelæggende ret, som der er redegjort for i denne doms præmis 22 og 23, er af den opfattelse, at den anfægtede klausul er uforenelig med såvel artikel 22 i direktiv 93/36 som artikel 13 i lovdekret nr. 358/1992.
- 44 Som den forelæggende ret har præciseret i forelæggelseskendelsen, kan den imidlertid ikke antage hovedsagen til realitetsbehandling, såfremt den anvender de nationale procesregler, hvorefter det, når først den frist, der er fastsat for at klage over en udbudsbekendtgørelse, er udløbet, ligeledes er udelukket at realitetsbehandle alle anbringender, der bygger på denne bekendtgørelses hævdede ulovlighed, og som er fremsat med henblik på at anfægte en anden beslutning truffet af den ordregivende myndighed.

- 45 Det fremgår desuden af forelæggelseskendelsen, at Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia er af den opfattelse, at den ordregivende myndigheds adfærd i hovedsagen har gjort det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for den bydende, som den anfægtede klausul rammer, at udøve de rettigheder, fællesskabsretten tillægger ham.
- 46 Det fremgår således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om den under disse omstændigheder i henhold til fællesskabsretten er forpligtet til at undlade at anvende de nationale præklusionsregler, således at den kan realitetsbehandle anbringendet om, at den anfægtede klausul tilsidesætter fællesskabsretten, hvilket anbringende er fremsat til støtte for den klage, der er indgivet over beslutninger, den ordregivende myndighed senere har truffet på grundlag af denne klausul.
- 47 Det bemærkes i den henseende, at bestemmelserne om domstolskontrol af de beslutninger, som træffes inden for rammerne af fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter, ikke omfattes af direktiv 93/36, men alene henhører under direktiv 89/665. Dette direktiv fastsætter de mindstekrav, som de klageprocedurer, der er indført i de nationale retsordener, skal opfylde, med henblik på at sikre overholdelsen af de fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter.
- 48 På baggrund af det ovenfor anførte skal det første spørgsmål forstås således, at den forelæggende ret nærmere bestemt ønsker oplyst, om direktiv 89/665 skal fortolkes således, at de kompetente nationale retter — når det er godtgjort, at en ordregivende myndighed har gjort det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for en unionsborger, som rammes af en beslutning truffet af denne myndighed, at udøve de rettigheder, fællesskabsretten tillægger ham — er forpligtet til at realitetsbehandle de anbringender om, at udbudsbekendtgørelsen er uforenelig med fællesskabsretten, som er fremsat til støtte for en klage over den nævnte beslutning, idet de i givet fald skal gøre brug af den adgang, de i henhold til national ret har, til at undlade at anvende nationale præklusionsregler, som foreskriver, at det, når fristen for at indgive klage over en udbudsbekendtgørelse er overskredet, ikke længere er muligt at påberåbe sig en sådan uforenelighed.

- 49 Med henblik på at besvare det således omformulerede spørgsmål bemærkes, at Domstolen allerede har haft anledning til at udtale sig generelt om, hvorvidt nationale bestemmelser, som indfører præklusionsregler for klager over de i direktiv 89/665 nævnte beslutninger, der træffes af ordregivende myndigheder, er forenelige med direktiv 89/665.
- 50 I præmis 79 i dommen af 12. december 2002, *Universale-Bau m.fl.* (sag C-470/99, Sml. I, s. 11617), har Domstolen således udtalt, at direktiv 89/665 ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som fastsætter, at klager over en beslutning truffet af den ordregivende myndighed skal være indgivet inden for en fastsat frist, idet der ellers sker præklusion, og at uregelmæssigheder i forbindelse med udbuddet, som påberåbes til støtte for klagen, ligeledes skal gøres gældende inden for denne frist, således at det, såfremt fristen overskrides, ikke længere er muligt at anfægte en sådan beslutning eller at gøre sådanne uregelmæssigheder gældende, såfremt den pågældende frist er rimelig.
- 51 Domstolen har navnlig fastslået, at selv om det tilkommer hver medlemsstats nationale retsorden at fastsætte de frister, der finder anvendelse for klageadgangen, som skal sikre overholdelsen af de rettigheder, fællesskabsretten tillægger de ansøgere og bydende, som rammes af de ordregivende myndigheders beslutninger, må disse frister ikke skade den effektive virkning af direktiv 89/665, som har til formål at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over disse ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger (*Universale-Bau m.fl.-dommen*, præmis 71, 72 og 74).
- 52 Det er under disse omstændigheder, at Domstolen har udtalt, at fastsættelsen af rimelige præklusive klagefrister i princippet opfylder det effektivitetskrav, der følger af direktiv 89/665, for så vidt som den er udtryk for en anvendelse af det grundlæggende retssikkerhedsprincip (*Universale-Bau m.fl.-dommen*, præmis 76).

- 53 Det skal derfor undersøges, om den i hovedsagen omhandlede præklusionsfrist opfylder kravene i direktiv 89/665, således som de er udviklet i den retspraksis, som er nævnt i præmis 50-52 i denne dom.
- 54 I denne forbindelse bemærkes for det første, at præklusionsfristen på 60 dage, der i henhold til artikel 36, stk. 1, i kongeligt dekret nr. 1054/1924, som fortolket af Consiglio di Stato, finder anvendelse på området for offentlige kontrakter, forekommer at være rimelig under hensyn til såvel formålet med direktiv 89/665 som retssikkerhedsprincippet.
- 55 For det andet bemærkes, at en sådan frist, der løber fra dagen for meddelelsen af retsakten eller fra den dag, hvor den berørte har fået fuldt kendskab til denne, ligeledes er i overensstemmelse med effektivitetsprincippet, for så vidt som fristen ikke i sig selv kan gøre det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, som den berørte i givet fald udleder af fællesskabsretten.
- 56 Imidlertid bemærkes, at med henblik på anvendelsen af effektivitetsprincippet skal hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at anvende fællesskabsretten, bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn (jf. dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 14).
- 57 Følgelig kan det, selv om en præklusionsfrist som den i hovedsagen omhandlede ikke i sig selv er i strid med effektivitetsprincippet, ikke udelukkes, at fristens anvendelse inden for rammerne af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i den for den forelæggende ret verserende sag, kan tilsidesætte det nævnte princip.

- 58 På denne baggrund skal der tages hensyn til den omstændighed, at den ordregivende myndighed i det foreliggende tilfælde, selv om den anfægtede klausul blev bragt til de berørtes kundskab på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, ved sin adfærd har skabt en tilstand af uvished med hensyn til, hvorledes denne klausul skulle fortolkes, og at denne uvished først blev fjernet, da den ordregivende myndighed traf beslutningen om udelukkelse.
- 59 USL har således, som det fremgår af de oplysninger, den forelæggende ret har afgivet, først ladet forstå, at myndigheden ville tage hensyn til de bemærkninger, Santex havde fremsat, og at den ikke ville anvende den økonomiske betingelse, som var fastsat i den anfægtede klausul, ved afgørelsen af, om buddene var konditionsmæssige. Det var først ved beslutningen om udelukkelse, som udelukkede alle de bydende, der ikke opfyldte den nævnte betingelse, fra udbuddet, at den ordregivende myndighed tilkendegav sin endelige stillingtagen til fortolkningen af den anfægtede klausul.
- 60 Det må derfor anerkendes, at det i den foreliggende sag først var på det tidspunkt, da selskabet fik meddelelse om beslutningen om udelukkelse, at den ramte bydende kunne få kendskab til den fortolkning, som den ordregivende myndighed faktisk havde givet den nævnte klausul i udbudsbekendtgørelsen. Under hensyn til, at den frist, som var fastsat for at indgive klage over denne bekendtgørelse, på dette tidspunkt allerede var udløbet, blev denne bydende i medfør af præklusionsreglerne frataget enhver mulighed for i forbindelse med en retlig prøvelse af de efterfølgende beslutninger, som påførte ham skade, at gøre gældende, at denne fortolkning er uforenelig med fællesskabsretten.
- 61 I den foreliggende sag kan den ordregivende myndigheds skiftende handlemåde anses for — idet der forelå en præklusionsfrist — at have gjort det uforholdsmæssigt vanskeligt for den berørte bydende at udøve de rettigheder, fællesskabsretten tillægger ham.

- 62 Da den forelæggende ret er enekompetent med hensyn til at fortolke og anvende de nationale bestemmelser, tilkommer det denne ret, under de omstændigheder, som foreligger i hovedsagen, i videst muligt omfang at fortolke de bestemmelser, som har indført denne præklusionsfrist, således, at overholdelsen af det effektivitetsprincip, som følger af direktiv 89/665, sikres.
- 63 Som det fremgår af Domstolens praksis, tilkommer det den nationale ret i videst muligt omfang at fortolke den nationale lovgivning, den skal anvende, i overensstemmelse med fællesskabsretten (jf. bl.a. dom af 5.10.1994, sag C-165/91, Van Munster, Sml. I, s. 4661, præmis 34, og af 26.9.2000, sag C-262/97, Engelbrecht, Sml. I, s. 7321, præmis 39).
- 64 Er en sådan overensstemmende fortolkning ikke mulig, er den nationale domstol forpligtet til at anvende fællesskabsretten i sin helhed og beskytte de rettigheder, som denne giver private, og den skal herved om nødvendigt undlade at anvende enhver bestemmelse, som under de foreliggende omstændigheder vil kunne føre til et resultat, som er i strid med fællesskabsretten (jf. bl.a. dom af 5.3.1998, sag C-347/96, Solred, Sml. I, s. 937, præmis 30, og Engelbrecht-dommen, præmis 40).
- 65 Det følger heraf, at under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, påhviler det den forelæggende ret at sikre, at det effektivitetsprincip, der følger af direktiv 89/665, overholdes, ved at anvende de nationale bestemmelser således, at den bydende, som rammes af en beslutning, den ordregivende myndighed har truffet i strid med fællesskabsretten, bevarer adgangen til at fremsætte anbringender, der bygger på denne tilsidesættelse, til støtte for en klage over andre beslutninger truffet af den ordregivende myndighed, idet den i givet fald skal gøre brug af adgangen til at undlade at anvende de nationale præklusionsregler, som gælder for sådanne klager, hvilken adgang ifølge den forelæggende ret følger af artikel 5 i lov nr. 2248/1865.

- 66 På baggrund af det ovenfor anførte skal det første spørgsmål besvares med, at direktiv 89/665 skal fortolkes således, at de kompetente nationale retter — når det er godtgjort, at en ordregivende myndighed ved sin adfærd har gjort det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for en unionsborger, som berøres af en beslutning truffet af denne ordregivende myndighed, at udøve de rettigheder, fællesskabsretten tillægger ham — er forpligtet til at realitetsbehandle de anbringender om, at udbudsbekendtgørelsen er uforenelig med fællesskabsretten, som er fremsat til støtte for en klage over den nævnte beslutning, idet retterne i givet fald skal gøre brug af den adgang, de i henhold til national ret har til at undlade at anvende nationale præklusionsregler, som foreskriver, at det, når fristen for at indgive klage over en udbudsbekendtgørelse er overskredet, ikke længere er muligt at påberåbe sig, at en sådan uforenelighed foreligger.

Det andet spørgsmål

- 67 Under hensyn til besvarelsen af det første spørgsmål er det uforholdsmæssigt at besvare det andet spørgsmål.

Sagens omkostninger

- 68 De udgifter, der er afholdt af den italienske regering, den franske regering og den østrigske regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ved kendelse af 23. juni 2000, for ret:

Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, skal fortolkes således, at de kompetente nationale retter — når det er godtgjort, at en ordregivende myndighed ved sin adfærd har gjort det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for en unionsborger, som berøres af en beslutning truffet af denne ordregivende myndighed, at udøve de rettigheder, fællesskabsretten tillægger ham — er forpligtet til at realitetsbehandle de anbringender om, at udbudsbekendtgørelsen er uforenelig med fællesskabsretten, som er fremsat til støtte for en klage over den nævnte beslutning, idet retterne i givet fald skal gøre brug af den adgang, de i henhold til national ret har til at undlade at anvende nationale præklusionsregler, som foreskriver, at det, når fristen for at indgive klage over en udbudsbekendtgørelse er overskredet, ikke længere er muligt at påberåbe sig, at en sådan uforenelighed foreligger.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Macken

Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. februar 2003.

R. Grass

J.-P. Puissochet

Justitssekretær

Formand for Sjette Afdeling